

# LA INCIDENCIA DE LOS ESTÁNDARES EUROPEOS EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES: A PROPÓSITO DE LA INSCRIPCIÓN DE BEBÉS NACIDOS EN EL EXTRANJERO

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

*Catedrático de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Valladolid*

TRC, n.º 49, 2022, pp. 173-197  
ISSN 1139-5583

## SUMARIO

I. Intenciones. II. La vida privada y familiar reconocida por el convenio europeo de derechos humanos. III. Examen de la jurisprudencia nacional francesa y española reciente. IV. Filiación y matrimonio tradicional en el marco de la unión europea. V. Algunas soluciones y nuevos problemas (a modo de conclusión).

## I. INTENCIONES

La expansión del derecho a la vida privada y familiar que se está experimentando en los últimos años ha removido algunos cimientos básicos del Derecho de familia. Sabemos que la máxima *mater semper certam est* o la naturaleza heterosexual del matrimonio se ven seriamente cuestionadas, si no en sus formulaciones normativas, sí en sus aplicaciones prácticas.

Esta divergencia entre la realidad y el Derecho ha provocado que, en ocasiones, los aplicadores de éste (destacadamente los tribunales) tengan la necesidad de separarse de la letra del precepto que deben aplicar y aprueben resoluciones que, cuando menos, exigen una profunda reinterpretación de su alcance (práctico, al menos). Un buen ejemplo de estas afirmaciones se da con la gestación subrogada. Pese a que estamos ante un contrato nulo en el plano civil y constitutivo de reproche penal en algunos países (como son, destacadamente, España o Francia), está provocando efectos jurídicos, entre los que destaca, especialmente, que se tenga

que reconocer, en algunos casos, la filiación de menores habidos en el extranjero gracias a esta técnica.

Estos cambios jurisprudenciales han traído causa, en ocasiones, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que maneja una visión de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) que exige redimensionar instituciones jurídicas nacionales (matrimonio, filiación). La obligación de los Estados de respetar este derecho humano ha flexibilizado, en alguna medida, los requisitos de inscripción de niños habidos en el extranjero mediante gestación subrogada. Y en esta materia se han producido algunas novedades que son las que, precisamente, pretenden examinarse en este trabajo.

Prestaremos una especial atención a la evolución de la jurisprudencia nacional, que ha ido más allá de lo establecido por el Tribunal de Estrasburgo. Centramos nuestra mirada, especialmente, en lo ocurrido en Francia y España. Pero es que, además, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado una muy relevante Sentencia en esta materia, que resulta también interesante porque en ella se realizan importantes consideraciones sobre la identidad nacional, la naturaleza heterosexual del matrimonio en algunos países y el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión. Estas novedades plantean nuevos retos y marcan, también, una previsible evolución en las decisiones judiciales futuras de los Estados miembros de la Unión Europea.

Antes de entrar en materia, conviene aclarar que este estudio no pretende examinar el régimen jurídico de la gestación subrogada<sup>1</sup> ni el matrimonio igualitario. Nuestro interés se centra aquí en la posibilidad de que se reconozca en un país el vínculo existente entre un menor y sus progenitores, cuando dicho vínculo ya ha sido establecido en otro país. Es verdad que esto ha ocurrido, claramente, con los padres comitentes que se han servido de la gestación subrogada realizada en el extranjero estando prohibida en su país esta técnica reproductiva. Pero caben otros supuestos, como son que una pareja o matrimonio de lesbianas tengan un hijo en un país donde está regulado el matrimonio igualitario y pretendan que la filiación entre el menor y las dos madres se reconozca en otro país en el que tal reconocimiento no existe. O en el supuesto de que una mujer decida tener un hijo sin compartir su material genético con éste y luego decida trasladarse a otro país en el que se exija la existencia de ese vínculo biológico.

1 Nos remitimos, sin más trámite, a nuestro trabajo, «¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?». *Revista de Derecho Político*, n.º 105, 2019, pp. 81 ss, y a la amplia bibliografía allí citada. Ver, más recientemente, FERNÁNDEZ CODINA, G., *Gestación subrogada: crítica a sus críticas: sobre porqué es moralmente lícita y legalizable*. Bosch. Barcelona, 2019; LLEDÓ YAGÜE, F., (Dir.) & Gutiérrez Barrenengoa, Ainhoa (coord.): *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson. Madrid, 2019; y SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., *Dignidad y vida humana: eutanasia, gestación subrogada y transhumanismo*. Aranzadi. Cizur Menor, 2020; y, en relación con la materia tratada en este trabajo, MORENO ROBLES, D., «Maternidad subrogada en España: un análisis a partir de la práctica registral y jurisprudencial». *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 43, 2021, pp. 79 ss.

Esto supone que la gestación subrogada o el matrimonio igualitario nos interesan en este trabajo de forma instrumental, en cuanto que su diferente tratamiento normativo por parte de los Estados debe conciliarse con el derecho a la vida familiar recogido en el artículo 8 CEDH, o con el derecho de los ciudadanos de la Unión (y sus familias) a la libre circulación por el territorio de la Unión Europea, que son el verdadero objeto de nuestro estudio, si bien centrando nuestra mirada únicamente en su incidencia en la filiación de menores nacidos en otros Estados<sup>2</sup>.

Delimitada con precisión nuestra intención, entraremos sin más trámite en materia. Dedicaremos un breve apartado a recordar los perfiles básicos del derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Examinaremos después, en segundo lugar, algunas resoluciones nacionales habidas en Francia y en nuestro país que versan sobre la filiación de menores nacidos en el extranjero en virtud de contratos de gestación subrogada. Analizaremos, a continuación, la muy relevante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída en el asunto V.M.A. el pasado mes de diciembre, en la que se plantea también un problema de filiación de una pareja de lesbianas y su hija en Bulgaria, por haberse denegado la inscripción de tal filiación, a pesar de ser considerada la menor nacional de dicho país, al considerar imposible inscribir en el certificado el nombre de las dos madres, pues ello comprometería su identidad nacional, al romper con la imagen tradicional (léase heterosexual) del matrimonio. Cerraremos el presente estudio realizando algunas reflexiones conclusivas.

## II. LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR RECONOCIDA POR EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### 1. Perspectiva de la vida privada

Es sabido que la construcción realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH ha sido intensa en cuanto a la protección y extensa en lo que atañe al objeto, en contraposición con el limitado alcance que nuestro Tribunal Constitucional ha otorgado a nuestro derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE<sup>3</sup>.

2 Ver, con carácter general, SEISCENTO BAPTISTA, T., *Familias contemporáneas y autonomía de la voluntad. Hacia un nuevo Derecho de filiación más allá de la biología*. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2021; y DIONISI-PEYRUSSE, A., MAUGER-VIELPEAU, L., (dirs.): *Les fondements de la filiation*. Institut universitaire Varenne. París, 2017.

3 Esta idea ha sido glosada por el autor de estas líneas en «¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida». En MATIA PORTILLA, F.J., LÓPEZ DE LA FUENTE, G., (dirs): *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020, pp. 231 ss.

En concreto, en lo que atañe a la vida privada del menor, el Tribunal de Estrasburgo ha establecido que «a la vista de la importancia de la filiación biológica en tanto que elemento de identidad de cada uno [...], no se podría entender que es conforme al interés de un menor privarle de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica de este vínculo se establece y que el menor y su padre afectado reivindican su pleno reconocimiento»<sup>4</sup>. Es cuestionable que este mismo principio no se aplique a las madres de intención si éstas comparten material genético con el menor, y no aceptar que, de esta manera, se consagra, una flagrante vulneración del principio de igualdad por razón de género, y ello a pesar de que aceptarlo supondría inaplicar la máxima, presente en una buena parte de los ordenamientos nacionales europeos, que vinculan la maternidad con el alumbramiento. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto este puzzle afirmando que el derecho a la vida del menor también exige que «el Derecho interno ofrezca una posibilidad de reconocimiento de un vínculo de filiación entre este niño y la madre de intención, designada en el acto de nacimiento legalmente declarada en el extranjero como ‘madre legal’», y con más motivo si ambos comparten gametos<sup>5</sup>. Pero tal reconocimiento no tiene por qué consistir en la inscripción del menor como hijo de la madre, puesto que, «dado el margen de apreciación de que disponen los Estados en cuanto a la elección de los medios, otros medios distintos de la inscripción, en particular la adopción por la madre de intención, pueden ser aceptables en la medida en que los métodos previstos por el derecho interno garanticen la eficacia y rapidez de su implementación, de acuerdo con el interés superior del menor»<sup>6</sup>.

Aunque esta jurisprudencia resuelve en alguna medida el problema, subsiste el distinto tratamiento que pueden recibir el padre y la madre que compartan material genético con el menor. Este debate, más específico, se ha planteado, indebidamente, en el asunto D. c. Francia<sup>7</sup>. En este caso se discute la forma de vinculación

4 SSTEDH (Sección Quinta) de 26 de junio de 2014, asuntos Labassee (demanda 65941/11, § 79) y Mennesson c. Francia (demanda 65192/11, § 100). Ahora bien, no ocurre lo mismo cuando el padre de intención y el menor no comparten material biológico [STEDH (Gran Sala) de 24 de enero de 2017, asunto Paradiso y Campanelli c. Italia (demanda 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812, § 195)]. Esta resolución sostiene, en contra de lo mantenido por la Sección Segunda en su Sentencia de 27 de enero de 2015 (ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812), que el Estado italiano no ha vulnerado ni la vida privada del menor (por la inexistencia de material genético compartido) ni la vida familiar de todos ellos (por considerar, entre otros factores, que ocho meses de convivencia es un plazo temporal insuficiente).

5 Opinión Consultiva (Gran Sala) de 10 de abril de 2019, sobre el reconocimiento en Derecho interno de un vínculo de filiación entre un niño nacido mediante maternidad subrogada realizada en el extranjero y la madre de intención solicitada por el Tribunal de Casación francés (asunto P16-2018-001), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380431-8364345>, §§ 46-47. Ver, en el plano doctrinal, HERNÁNDEZ LLINÁS, L., «Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor: doctrina del TEDH y respuesta de las autoridades españolas». *Revista de Derecho Político*, n.º 107, 2020, pp. 181 ss.; y MARGUET, L., «Quand la Cour EDH et la Cour de cassation tissent les liens: filiation, mère d'intention et enfant né d'une GPA à l'étranger». *Revue des Droits de l'Homme* 2019-06-12.

6 *Ibidem*, § 55.

7 STEDH (Sección Quinta) de 16 de julio de 2020, asunto D. c. Francia (demanda 11288/18, ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD001128818). Ver, en el plano doctrinal, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Una nueva

entre un menor, nacido mediante gestación subrogada en Ucrania, y sus dos madres. Las autoridades francesas deciden inscribir a la madre 2, que figura como padre en el certificado de nacimiento expedido en Ucrania, pero no a la madre 1, que debe optar por la adopción. Los tres miembros de la unidad familiar recurren las resoluciones nacionales ante el Tribunal de Estrasburgo, afirmando que se vulnera el derecho a la vida privada del menor al no transcribirse en el registro su vinculación con la madre 1 y que se les discrimina entre sí. Sin embargo, las madres no han planteado ni ante las autoridades francesas ni ante el propio Tribunal de Estrasburgo que el menor comparte material genético con la madre 1. Es precisamente esa falta de invocación previa la que impide al Tribunal de Estrasburgo resolver el problema más relevante de los planteados, y que resume muy bien el Juez O'Leary en su voto particular: «queda por saber si el margen de apreciación de los Estados miembros en virtud del artículo 8, leído de forma aislada o combinada con el artículo 14, ampara la transcripción del padre biológico de intención mientras que el vínculo de filiación con la madre genética de intención debe ser establecido por vía de adopción». Y puede aún complicarse la cuestión si una madre alumbró con el material genético de la otra. En este supuesto, ambas presentan títulos autónomos (alumbramiento, vínculo genético) para defender su filiación.

Lo que ocurre es que con esta Sentencia D. c. Francia, se pueden haber rebajado las exigencias recogidas en su jurisprudencia anterior, o, al menos, el generalizado entendimiento que de las mismas se había realizado por parte de los aplicadores del Derecho. El contundente razonamiento contenido en las SSTEDH Labasse y Mennesson se ha interpretado, desde el primer momento, como que el padre biológico del menor debe ser inscrito como padre. Sin embargo, el Tribunal entiende en la Opinión Consultiva que solamente se exige, en relación con la madre de intención, que el Estado reconozca ágilmente un vínculo de filiación con su hijo, aunque pudiendo elegir cómo hacerlo. Se afirma ahora, en D. contra Francia, que «cuando un menor ha nacido en el extranjero mediante gestación subrogada y cuenta con gametos del padre de intención, el derecho al respeto de la vida privada del menor requiere que el Derecho interno ofrezca la posibilidad de un reconocimiento de un vínculo de filiación entre el menor y el padre de intención y entre un menor y la madre de intención, sea o no su madre genética»<sup>8</sup>.

Buena prueba de esta afirmación de que se rebaja la protección ofrecida anteriormente en Labasse y Mennesson la encontramos en el resumen que de esta cuestión se hace en una Sentencia del Tribunal francés de Casación, de la que luego hablaremos con más detalle<sup>9</sup>: «se deduce así del artículo 8 CEDH que a la

entrega sobre la gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ejemplo de la jurisprudencia francesa». *Revista de Derecho Civil* 2021\2, pp. 193 ss.

8 *Ibidem*, § 54. La opinión consultiva tiene su origen en la Sentencia del Tribunal de Casación (SCC en adelante) (Asamblea Plenaria) de 5 de octubre de 2018 (recurso 10-19.053, ECLI:FR:CCASS:2018:AP00638).

9 SCC (Asamblea Plenaria) de 4 de octubre de 2019 (recurso 10-19.053, ECLI:FR:CCASS:2019:AP00648).

vista del interés superior del menor, la circunstancia de que el nacimiento de un menor en el extranjero tenga por origen un contrato de gestación subrogada, prohibida por los artículos 16-7 y 16-9 del código civil, no puede, por sí sólo, sin conllevar un atentado desproporcionado al derecho a la vida privada del menor, impedir la transcripción del acta de nacimiento realizada por las autoridades del Estado extranjero, en lo que concierne al padre biológico del menor, ni al reconocimiento de un vínculo de filiación en relación con la madre de intención mencionada en el acta extranjera, que debe producirse a más tardar cuando este vínculo entre el menor y la madre se ha concretado»<sup>10</sup>.

Resulta sorprendente que el Tribunal de Estrasburgo varíe el alcance de su jurisprudencia cuando los propios tribunales nacionales están optando, con buen sentido, por unificar el tratamiento jurídico dispensado a los progenitores de intención, como veremos en el siguiente epígrafe de este mismo trabajo. Pero, antes de hacerlo, debemos realizar algunas consideraciones sobre la concepción que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene de la vida familiar.

## 2. Perspectiva de la vida familiar

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos maneja una noción autónoma de vida familiar, y concibe este derecho como el de los miembros de una familia, ya existente<sup>11</sup>, de vivir juntos y poder desarrollar sus vínculos<sup>12</sup>, que no se limita a los supuestos legalmente previstos en los Estados miembros<sup>13</sup>. Esto supone que puede existir vida familiar cuando hay una relación amorosa entre dos personas o un adulto tiene descendencia, con independencia de que el Derecho del Estado miembro haya regulado ese posible tipo de familia y de que las personas afectadas

<sup>10</sup> Apartado 6 de la motivación.

<sup>11</sup> Aunque en ocasiones también se protege la vida familiar proyectada, que es la que puede desarrollarse, por ejemplo, entre un padre biológico y un hijo nacido fuera del matrimonio. En este caso esa vida deberá acreditarse mediante otros factores (interés, apego mostrado por el adulto, etc.) [ver ATEDH (Sección Cuarta) de 29 de junio de 1999, asunto Nylund c. Finlandia (demanda 27110/95); STEDH (Sección Segunda) L. c. Países Bajos (demanda 45582/99, ECLI:CE:ECHR:2004:0601JUD004558299, § 36); y STEDH (Sección Quinta) de 21 de diciembre de 2010, asunto Anayo c. Alemania (demanda, 20578/07, ECLI:CE:ECHR:2010:1221JUD002057807, § 57)].

<sup>12</sup> STEDH (Pleno) de 13 de junio de 1979, asunto Marckx c. Bélgica (demanda 6833/73, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374, § 31).

<sup>13</sup> Como ocurre con la regulación de matrimonios, parejas de hecho, pactos de solidaridad, etc. De esta forma, existe vida privada entre una madre y una hija adoptada, aunque éste vínculo no sea reconocido como válido por el Derecho nacional [STEDH (Sección Primera) de 28 de junio de 2017, asunto Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo (demanda 76240/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0628JUD007624001)] o entre un padre y su hijo legítimo, aunque años después se acredite que no es padre biológico del mismo [STEDH (Gran Sala) Paradiso y Campanelli c. Italia, cit. § 141]. También entre las parejas que se vinculan a través de ritos religiosos no reconocidos por el país [STEDH (Gran Sala) de 2 de noviembre de 2010, asunto Şerife Yiğit c. Turquía (demanda 3976/05, ECLI:CE:ECHR:2010:1102JUD000397605, §§ 97-98 y 102)], o que, formadas por personas del mismo sexo, no cuentan con una regulación legal que las reconozca.

hayan hecho o no uso de esas normas. Lo relevante es que haya vida familiar de facto, y para establecer cuando ésta existe es preciso tomar en consideración diversos factores: la existencia o inexistencia de convivencia en común<sup>14</sup>, la duración de esa relación<sup>15</sup>, la dependencia existente entre ellos, o la existencia de descendencia en común<sup>16</sup>. Puede plantearse, sin embargo, la imposición de límites de orden público, como ocurriría, por ejemplo, en relación con los menores<sup>17</sup>.

En todo caso, resulta indudable que las parejas formadas por personas del mismo sexo son titulares de los derechos a la vida privada y familiar<sup>18</sup>, con independencia de que estas uniones estén reconocidas o no por las normas nacionales<sup>19</sup>. Por otra parte, aunque los Estados no están obligados a modificar el matrimonio civil para que puedan servirse del mismo las parejas del mismo sexo, sí resulta discriminatorio (violación del art. 14 CEDH en relación con el art. 8 CEDH) que, habiendo leyes de uniones civiles, se excluya, de éstas, a las parejas

14 Hay vida familiar cuando una pareja convive con lazos afectivos [SSTEDH (Pleno) de 21 de mayo de 1985, asunto Johnston y otros c. Irlanda (demanda 9697/82, ECLI:CE:ECHR:1986:1218JUD000969782), § 56 y (Gran Sala) de 3 de abril de 2012, asunto Van der Heijden c. Países Bajos (demanda 42857/05, ECLI:CE:ECHR:2012:0403JUD004285705), § 51, entre otras], pero también puede darse vida familiar aunque no concorra esta convivencia [ver nota 16 y STEDH (Sala) de 3 de julio de 1993, asunto Kroon y otros c. Países Bajos (demanda 18535/91, ECLI:CE:ECHR:1994:1027JUD001853591), § 30].

15 Así, por ejemplo, resulta relevante que la relación entre la madre y su hija adoptada se desarrollara durante diez años [STEDH (Sección Primera) de 28 de junio de 2017, asunto Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo, cit., § 117]. O, para negar la existencia de vida familiar, que la relación entre los padres de intención y el bebé se limitara a ocho meses [STEDH (Gran Sala) Paradiso c. Italia, cit., §§ 156-157. Ver, en el mismo sentido, ATEDH (Sección Segunda) de 8 de julio de 2014, asunto D. y otros c. Bélgica (demanda 29176/13)].

16 El Tribunal de Estrasburgo considera que un hijo nacido de un matrimonio legal y no ficticio «se inserta de pleno derecho en esta relación; por tanto, desde el instante y por el sólo hecho de su nacimiento, existe entre él y sus padres, incluso si estos últimos no conviven entonces, un vínculo constitutivo de una vida familiar» [STEDH (Sala) de 21 de junio de 1988, asunto Berrehab c. Países Bajos (demanda 10730/84, ECLI:CE:ECHR:1988:0621JUD001073084), § 21]. Un supuesto interesante es el que se plantea en el asunto Ahrens c. Alemania, en el que se concluye que no hay vida familiar cuando la relación entre una pareja heterosexual se ha roto un año antes de que se produjera el embarazo de la mujer, que se explica por encuentros entre ellos de naturaleza puramente sexual [STEDH (Sección Quinta) de 22 de marzo de 2012, asunto Ahrens c. Alemania (demanda 45071/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0322JUD004507109), § 59. Ver también STEDH (Sección Quinta) de 28 de mayo de 2020, asunto Evers c. Alemania (demanda 17895/14, ECLI:CE:ECHR:2020:0528JUD001789514), § 52].

17 Resulta razonable no reconocer un matrimonio realizado por un niño de catorce años [STEDH (Sección Tercera) de 8 de diciembre de 2015, asunto Z.H. et R.H. c. Suiza (demanda 60119/12, ECLI:CE:ECHR:2015:1208JUD006011912), § 44].

18 SSTEDH (Gran Sala) de 7 de noviembre de 2013, asunto Vallianatos y otros contra Grecia (demandas 29381/09 y 32684/09, ECLI:CE:ECHR:2013:1107JUD002938109), §§ 73-74; (Gran Sala) de 19 de febrero de 2013, asunto X y otros contra Austria (demanda 19010/07, ECLI:CE:ECHR:2013:0219JUD001901007), § 95; (Sección Primera) de 22 de julio de 2010, asunto P.B. y J.S. c. Austria (demanda 18984/02, ECLI:CE:ECHR:2010:0722JUD001898402), § 30; y (Sección Primera) de 24 de junio de 2010, asunto Schalk y Kopf c. Austria (demanda 30141/04, ECLI:CE:ECHR:2010:0624JUD003014104), §§ 92-94.

19 También hay vida familiar cuando el descendiente biológico de una de las personas que mantiene una relación con otra persona del mismo sexo ha sido educada por ambas y existe una convivencia común [SSTEDH (Sección Quinta) de 15 de marzo de 2012, asunto Gas y Dubois c. Francia (demanda 25951/07, ECLI:CE:ECHR:2012:0315JUD002595107), § 37; y (Gran Sala) de 19 de febrero de 2013, asunto X y otros c. Austria (demanda 19010/07, ECLI:CE:ECHR:2013:0219JUD001901007), § 96].

homosexuales<sup>20</sup>. En ocasiones, el Estado debe reconocer la existencia de una relación homosexual, que es pública y notoria<sup>21</sup>, aunque puedan producirse diferencias de tratamiento jurídico entre las parejas heterosexuales y homosexuales<sup>22</sup>.

El problema se suscita, tanto en relación con el propio reconocimiento de la familia como con los vínculos con el menor<sup>23</sup>, cuando estos se formalizan a través de formas no jurídicamente reconocidas en el país de destino. ¿Puede inscribirse un matrimonio formado por dos personas del mismo sexo celebrando en España en Polonia, cuando el ordenamiento de ese país no contempla un matrimonio civil que no sea heterosexual? ¿Puede inscribirse en España un hijo tenido por un matrimonio español concebido mediante gestación subrogada en otro país, cuando en nuestro país estamos en presencia de un contrato nulo y de una actuación presuntamente delictiva? Si hasta ahora hemos examinado estos problemas en clave internacional, toca ahora hacerlo desde una perspectiva estatal.

### III. EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL FRANCESA Y ESPAÑOLA RECIENTE

El examen de ambos países se justifica en que en ambos ordenamientos se intentó, en un primer momento, obstaculizar la filiación entre unos padres de intención y el menor que habían tenido a través de la gestación subrogada porque este contrato se considera nulo en ambos países<sup>24</sup> y su realización está tipificada penalmente<sup>25</sup>.

20 STEDH (Gran Sala) de 7 de noviembre de 2013, asunto Vallianatos y otros contra Grecia, cit., §§ 91-92. Ver también STEDH (Sección Cuarta) de 21 de julio de 2015, asunto Oliari y otros c. Italia (demandas 18766/11 y 36030/11, ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD001876611), §§ 178 y 180-185.

21 *Ibidem*, §§ 173-174.

22 Por ejemplo, denegando pensiones a las uniones homosexuales en España antes de que se abriera la institución del matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo [STEDH (Sección Tercera) de 14 de junio de 2016, asunto Aldeguer Tomás c. España (demanda 35214/09, ECLI:CE:ECHR:2016:0614JUD003521409), §§ 88-90]; o en lo que atañe a la reagrupación de la pareja cuando la misma proviene de un Estado que no forma parte de la Unión Europea [STEDH (Sección Primera) de 30 de junio de 2016, asunto Taddeucci y McCall c. Italia (demanda 51362/09, ECLI:CE:ECHR:2016:0630JUD005136209), § 85. Ver, también, STEDH (Sección Segunda) de 23 de febrero de 2016, asunto Pajic c. Croacia (demanda 68453/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0223JUD006845313), § 73.

23 Ver, en el plano doctrinal, MUÑOZ RODRIGO, G., «La reproducción asistida y la filiación. Especial referencia al caso de las parejas de mujeres homosexuales». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 9, 2018, pp. 376 ss.; y Berrocal Lanzarot, A.I., «Cuestiones varias en torno a la determinación de la filiación por doble paternidad». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 9, 2018, pp. 276 ss.

24 Arts. 16-7 CC francés y 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

25 Arts. 227-12 CP francés y 220.2 CP español. La regulación original («la misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación») se ha visto modificada recientemente por otra que no altera en profundidad su alcance. Dispone ahora que «la misma pena se impondrá a quien ocultare o entregare a terceros una persona menor de dieciocho años para alterar o modificar su filiación», en virtud de la Disposición Final Sexta, apartado veintiocho, de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

## 1. La nueva jurisprudencia del Tribunal de Casación francés

No nos interesa recordar aquí la posición inicial del Tribunal francés de Casación, similar a la experimentada por nuestro Tribunal Supremo<sup>26</sup>. Como es sabido, su intención inicial de negarse a inscribir en suelo francés a los hijos habidos por gestación subrogada en el extranjero<sup>27</sup> se vio condicionada por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que ya ha sido examinada en páginas anteriores. En ese primer momento el Tribunal de Casación se limitó a asumir, sin ir más lejos, las indicaciones realizadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en una difundida Sentencia de 2015<sup>28</sup> acepta la inscripción de un menor habido por gestación subrogada con su padre porque existe un vínculo biológico entre ambos, pero la niega para la madre que no lo ha gestado, que debe optar por la adopción<sup>29</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Casación ha ido facilitando la inscripción del menor en otros supuestos:

- a) En relación con el padre que figura en el acta de nacimiento en el extranjero, vulnera el artículo 8 CEDH «la Sentencia que rehusa transcribir el acta de nacimiento extranjera en cuanto designa al padre, subordinando esta transcripción a una prueba biológica, cuando resulta de los datos fácticos de una resolución extranjera, no contradicha por elementos de prueba contrarios, que el patrimonio genético del padre de intención había sido empleado»<sup>30</sup>.
- b) En relación con la madre gestante, el Tribunal de Casación cambia su doctrina en su relevante Sentencia de 4 de octubre de 2019<sup>31</sup>, precisamente en el asunto que motivó la opinión consultiva ante el Tribunal de Estrasburgo examinada con anterioridad. Estima el Tribunal que obligar a la madre gestante a iniciar un procedimiento de adopción, cuando «el acta de nacimiento

26 Ver, con carácter general, SAÍZ NAVARRO, D.C., «La filiación del menor nacido en el extranjero mediante la técnica de gestación por sustitución ante la jurisdicción francesa y el tribunal europeo de derechos humanos». *Journal International de Bioéthique et d'Éthique des Sciences* 2021\1, pp. 113 ss.

27 Visión inicial presente en las SSCC (Sala Civil 1) de 6 de abril de 2011 (recurso 10-19.053, ECLI:FR:CCASS:2019:AP00648), apartado 5; (Sala Civil 1) de 13 de septiembre de 2013 (recurso 12-30.138, ECLI:FR:CCASS:2013:C101091); y (Sala Civil 1) de 19 de marzo de 2014 (recurso 13-50.005, ECLI:FR:CCASS:2014:C100281), entre otras. Esta jurisprudencia inicial se justifica en la nulidad del acuerdo de gestación y en la actuación fraudulenta de los padres de intención.

28 SCC (Asamblea Plenaria), de 3 de julio de 2015 (recurso 14-21.323, ECLI:FR:CCASS:2015:AP00619). Ver, en el plano doctrinal, Lengrand, Claire & Escuillié, Camille: «Statut juridique de l'enfant issu d'une GPA à l'étranger: Une avancée jurisprudentielle en demi-teinte». *Revue des Droits de l'Homme* 2016-01-13.

29 SCC (Sala Civil 1) de 29 de noviembre de 2017 (recurso 16-50.061, ECLI:FR:CCASS:2017:C101238).

30 SCC (Sala Civil 1) de 5 de julio de 2017 (recurso 15-28.597, ECLI:FR:CCASS:2017:C100824). Idea reiterada en SCC (Asamblea Plenaria) de 5 de octubre de 2018 (recurso 12-30.138, ECLI:FR:CCASS:2018:AP00637).

31 SCC (Asamblea Plenaria) de 4 de octubre de 2019 (recurso 10-19.053, ECLI:FR:CCASS:2019:AP00648).

de las dos hijas ha sido dictado en California, en el marco legal, conforme al Derecho de ese Estado, tras la intervención del juez, por el Tribunal superior del Estado de California, que ha declarado» «a la mujer como madre legal de los menores supondría, a la vista del tiempo transcurrido desde la concreción de un vínculo entre los menores y la madre de intención, consecuencias manifiestamente excesivas sobre»<sup>32</sup> su derecho a la vida privada. Admite así que se realice la transcripción del acta de nacimiento.

- c) La transcripción del acta de nacimiento beneficia también a la pareja del mismo sexo que figura en ella como «padre de intención». Y es que «a fin de unificar el tratamiento de las situaciones, conviene hacer evolucionar la jurisprudencia afirmando que en presencia de una acción a fin de transcribir el acta de nacimiento extranjero del menor, que no es una acción de reconocimiento o establecimiento de la filiación, ni la circunstancia de que el menor haya nacido tras un contrato de gestación subrogada ni esta de que tal acto designa el padre biológico del menor y un segundo hombre como padre no impiden la transcripción del acto sobre los registros del estado civil»<sup>33</sup>.
- d) En el supuesto de que en el acta de nacimiento solamente conste el nombre del padre, debe posibilitarse la adopción por parte de su esposo. En efecto, «el Derecho francés no prohíbe el pronunciamiento de la adopción, por el esposo del padre, del menor nacido en el extranjero de esta procreación cuando el derecho extranjero autoriza el contrato de gestación subrogada y cuando el acta de nacimiento, que únicamente hace mención de un padre, ha sido adoptado conforme a legislación extranjera, en ausencia de todo elemento de fraude»<sup>34</sup>.

En resumen, el Tribunal de Casación francés ha entendido que, si no se desacredita lo certificado o resuelto en un país extranjero de conformidad con su

<sup>32</sup> Apartados 17 y 19 de la motivación.

<sup>33</sup> SCC (Sala Civil 1) de 18 de diciembre de 2019 (recurso 18-12.327, ECLI:FR:CCASS:2019:C101112), apartado 12 y, en el plano doctrinal, Marguet, Laurie: «GPA : Quand la Cour de cassation facilite la reconnaissance du lien de filiation du second parent... au-delà même des exigences européennes? : À propos des arrêts rendus par la Cour de cassation le 4 octobre et le 18 décembre 2019». *Revue des Droits de l'Homme* 2020-03-08. En el mismo sentido, ver SSCC (Sala Civil 1) de 18 de diciembre de 2019 (recurso 18-11.815, ECLI:FR:CCASS:2019:C101111), apartado 12; de 18 de noviembre de 2020 (recurso 19-50.043, ECLI:FR:CCASS:2020:C100710), apartado 14; y de 13 de enero de 2021 (recursos 19-17.929 y 19-50.046, ECLI:FR:CCASS:2021:C100135), apartado 9.

<sup>34</sup> SCC (Sala Civil 1) de 4 de noviembre de 2020 (recurso 19-15.739, ECLI:FR:CCASS:2020:C100641), apartado 10. Rechaza el argumento judicial de que no se pueda asegurar que la madre natural del menor, mexicana, haya renunciado de forma definitiva a su filiación sobre el menor, por no compadecerse ese extremo con la documentación existente. En asuntos similares, pero en relación con la India, ver SSCC (Sala Civil 1), de 4 de noviembre de 2020 (recurso 19-50.042, ECLI:FR:CCASS:2020:C100642), apartado 10; de 7 de julio de 2021 (recurso 20-10.721, ECLI:FR:CCASS:2021:C100504), apartado 8; y de 7 de julio de 2021 (recurso 20-10.722, ECLI:FR:CCASS:2021:C100505), apartado 8.

ordenamiento jurídico, debe ser trasladado sin más trámite. En los casos en los que figuren dos personas, se inscribirá a ambas directamente. Y en los supuestos en los que el segundo miembro de la pareja no consta en el certificado o resolución judicial debe facilitarse su adopción sin plantearse la eventual filiación del menor con su madre natural, porque esta cuestión ya ha sido descartada por las autoridades extranjeras.

Es evidente que esta doctrina va mucho más lejos de lo que, hoy por hoy, exige el Tribunal de Estrasburgo, que se limita a esperar de los Estados que se establezca un vínculo de filiación entre los padres comitentes y el menor.

## 2. La jurisprudencia española

En el caso español no existen novedades reseñables en lo que atañe a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la filiación de niños habidos en el extranjero mediante gestación subrogada<sup>35</sup>. Esta gran diferencia con el caso francés nos obliga a examinar la jurisprudencia ordinaria en la materia, que no se caracteriza por su unidad de criterio.

Así, por ejemplo, podemos citar sendas resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, en relación con la eventual concesión de un salvoconducto para que se desplacen a nuestro país padres de intención con sus menores habidos en Rusia mediante gestación subrogada, llegan a conclusiones distintas. Lo interesante de estas dos resoluciones es que sus razonamientos no guardan relación ni con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en la materia<sup>36</sup>, ni

35 Contrasta este silencio con la abundante jurisprudencia relacionada con los permisos de maternidad. En las relevantes SSTS (Sala de lo Social) 881/2016, de 25 octubre, FD 9 (ECLI:ES:TS:2016:5375, RJ 2016\6167); y 953/2016, de 16 noviembre, FD 9 (ECLI:ES:TS:2016:5283, RJ 2016\6152), ambas con votos particulares, disponen que, dado que las normas de protección de la maternidad deben ser interpretadas desde la perspectiva del interés superior del menor, y aplicadas también en supuestos de gestación subrogada, aunque ésta no figure como tal y de forma expresa en el elenco de situaciones previstas en la legislación. Aplican esta doctrina las SSTS (Sala de lo Social) 1021 y 1022/2016, de 30 de noviembre, FD 3 (ECLI:ES:TS:2016:5805, RJ 2016\6514 y ECLI:ES:TS:2016:5801, RJ 2016\6516); 917/2017, de 22 noviembre, FD 2 (ECLI:ES:TS:2017:4419, RJ 2017\5401); 950/2017, de 29 noviembre, FD 2 (ECLI:ES:TS:2017:4707, RJ 2017\6111); 972/2017, de 30 noviembre, FD 2 (ECLI:ES:TS:2017:4816, RJ 2017\5969); 1002 y 1005/2017, de 14 de diciembre, FD 2 (ECLI:ES:TS:2017:4759, RJ 2017\5889 y ECLI:ES:TS:2017:4770, RJ 2017\6015); 277/2018, de 13 de marzo, FD 2 (ECLI:ES:TS:2018:1249, RJ 2018\1518); 347/2018, de 22 de marzo, FD 2 (ECLI:ES:TS:2018:1242, RJ 2018\1414). También opera este permiso en el ámbito funcional para los padres de intención con vínculo biológico con el menor [STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativa, Sección 7.ª) 857/2021, de 7 de mayo (ECLI:ES:TSJM:2021:5079, RJCA 2021\910)].

36 De hecho, en la STS Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) 350/2016, de 20 de junio (ECLI:ES:TSJM:2016:6691, RJCA\2016\768) se llegará a afirmar que «las sentencias del TEDH, tienen fuerza vinculante para quienes hayan sido parte en el proceso seguido ante el mismo, pero no tienen fuerza ejecutiva, ni mucho menos efecto directo, en términos análogos a las directrices de la Unión Europea, sin perjuicio del mandato contenido en el artículo 10.2 C.E, en materia de fuentes del Derecho» (FD 3 *in fine*). Se discrepa de esta afirmación porque el Tribunal de Estrasburgo realiza una aplicación auténtica del artículo

con la protección del interés superior del menor. Ambas parten de una premisa común, y es que el reconocimiento del vínculo entre padres de intención e hijos solamente puede ser admitido cuando el mismo ha sido reconocido en una resolución judicial<sup>37</sup>. Sin embargo, mientras que en la Sentencia de 2016 se admite la validez del certificado de nacimiento ruso «conforme al artículo 14.2 del Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, firmado en Madrid el 26 de octubre de 1990» (FD 5), en la de 2017 se deniega el salvoconducto porque ni existe una resolución judicial extranjera ni se ha acreditado vínculo biológico entre el menor y su padre o madre de intención<sup>38</sup>.

Precisamente uno de los escollos recurrentes para la admisión de la filiación entre los menores y los padres de intención es, precisamente, que no se acepte la validez del acta de nacimiento extranjera en que tal hecho se acredita. Son varias las resoluciones en que, con base en una interpretación literal de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se deniega la inscripción en el registro civil español de un acta de nacimiento extranjera. Así, por ejemplo, se dirá en una resolución judicial<sup>39</sup> que, aunque en

8.1 CEDH, precepto que sí forma parte del Derecho español y que vincula a los aplicadores del Derecho (destacadamente, a los órganos judiciales).

37 Directriz Primera.1 de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, disponible en [https://www.boe.es/eli/es/ins/2010/10/05/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/ins/2010/10/05/(1)/con): «1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido». Esta situación no ha cambiado con la Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2019-2367>, en la que se indica ahora en su punto 2 que «las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010. El encargado o encargada del Registro Civil consular en estos casos deberá suspender la inscripción, con base en la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular. Dicha suspensión y las circunstancias concurrentes serán notificadas por el encargado o encargada del Registro Civil, en su caso, al Ministerio Fiscal, de conformidad con el artículo 124 del Reglamento del Registro Civil. El solicitante podrá obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España. Una vez en España, a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con el necesario el rigor probatorio, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación».

Conviene recordar que la Dirección General de los Registros y Notariado dictó una nueva instrucción el 14 de febrero de 2019, analizada por Andreu Martínez, Belén: «Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada». *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 2019, Extra 10, n.º 2, pp. 64 ss., y que fue derogada por la aprobada cinco días después y a la que ya se ha hecho referencia.

38 STS Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) Sentencias 350/2016, de 20 de junio (cit.) y 209/2017, de 13 de marzo (ECLI:ES:TSJM:2017:1247, JUR/2017/79536), respectivamente.

39 JPII Tudela, Sentencia de 23 de julio de 2021, FD 3 (ECLI:ES:JPII:2021:704, JUR/2021/308527). Lo que preocupa de esta Sentencia es que se ha dictado hace menos de un año, y no ha valorado todos los

la certificación del registro de San Diego se conoce la vinculación entre el menor nacido y el padre y la madre de intención, no debe existir duda alguna sobre el hecho inscrito y su legalidad. En aplicación estricta de la posición inicial del Tribunal Supremo español, ya examinada en líneas anteriores, se señalará que el rechazo a la gestación subrogada no puede verse alterado ni por el interés superior del menor (que permite interpretar la ley y colmar sus lagunas, pero no contrariarla) ni por el derecho a la vida privada y familiar, porque estamos en presencia de una restricción legítima. Aunque se deniegue la inscripción registral, siempre pueden los recurrentes reclamar la filiación si existe vínculo biológico u optar por otras vías de integración (adopción o acogimiento familiar). Estamos en presencia de una aplicación estricta de la Ley que es posible que comprometa, en el mejor de los casos, la agilidad que exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Decimos en el mejor de los casos, porque es probable, además, que la regulación española de la adopción<sup>40</sup> no pueda ser aplicada con éxito en todos los casos. Por eso debe minimizarse que un órgano judicial, tras denegar la inscripción registral de la menor, nacida en Rusia, que le vincule con su padre y madre de intención, inste al Ministerio Fiscal a que ejercite y adopte las acciones y medidas oportunas para la protección de la menor y su integración en el núcleo familiar de facto<sup>41</sup>.

Esto no presenta especiales problemas, en principio, cuando se cumplen las exigencias legales nacionales<sup>42</sup> vinculadas con la adopción. Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de León estima la solicitud de adopción de la madre de intención sobre dos menores habidos en Kiev mediante gestación subrogada (no se discute la inscripción del padre que comparte material biológico con ellos). A juicio de la Sala debe buscarse la protección del interés superior del menor, y ésta se logra, como el propio Tribunal Supremo español ha indicado, facilitando la adopción de los menores. Actuar de otra forma compromete el derecho de los menores a establecer una «identidad cierta», al que alude el propio Tribunal Supremo, y sería además absurdo denegarla cuando se cumplen los requisitos legalmente previstos para ello<sup>43</sup>.

cambios que se están produciendo en los tribunales europeos en la materia. Interesa detenernos también, brevemente, en AP Barcelona (Civil, Sección 18.ª) Auto 104/2021, de 17 de marzo (ECLI:ES:APB:2021:2015A, JUR\2021\169793). La Sala excluye, de forma razonable, que la Sentencia de Colombia que excluye la filiación de la madre gestante pueda servir para lograr la inscripción del padre de intención, ya que no es ese su objeto. Concluye el Tribunal que «ha de ser la parte la que la promueva ante el Encargado, por los trámites registrales oportunos (inscripción fuera de plazo, arts. 95.5 LRC y 311 a 316 RRC), la inscripción para que Julia pueda llevar los apellidos de su progenitor y gozar de la nacionalidad española por *ius sanguinis*» (FD 12).

<sup>40</sup> Ver, en el plano estatal, arts. 172 ss. CC y, en el plano autonómico, existen diversas normas. En las siguientes resoluciones se citarán algunas normativas autonómicas.

<sup>41</sup> AP Ourense (Sección 1.ª) Auto 143/2020, de 21 de octubre (ECLI:ES:APOU:2020:483A, JUR\2021\25912), FD 3.

<sup>42</sup> Resulta indudable para los tribunales que la normativa de adopción que debe tomarse en consideración es la española, nacional y autonómica. Ver, por ejemplo, AP Granada (Sección 5.ª) Auto 183/2018, de 16 de noviembre (ECLI:ES:APGR:2018:1341A, JUR\2019\239909), FD 3 y

<sup>43</sup> AP León (Sección 2.ª) Sentencia 370/2020, de 21 de diciembre (ECLI:ES:APLE:2020:1708, JUR\2021\83790), FD 2. Lo mismo ocurre en AP Barcelona (Civil, Sección 18.ª) Auto 57/2020, de 11 de febrero (ECLI:ES:APB:2020:1175A, JUR\2020\86062), FD 5 *in fine*, en el que la Sala concluye que

Pero, ¿qué pasa cuando un Tribunal estima que no se cumplen los requisitos legales para adoptar? Algunos tribunales optan por aplicar, taxativamente, la normativa en vigor. Así, un Juzgado español afirma que «no cabe el reconocimiento de tal posesión de estado pese al hecho acreditado de que el Sr. Onésimo ha venido comportándose, desde su nacimiento, como el padre de los menores. Y ello porque subyace un fraude de Ley que no puede quedar amparado por nuestro ordenamiento jurídico. Tanto el demandante como el demandado, que por su edad no tienen posibilidad de adoptar en nuestro país, iniciaron de forma consciente y querida un proceso para obtener dos niños menores que no es legal en España, mediante la suscripción de un contrato de gestación subrogada que está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico. Es más, el Sr. Onésimo consiguió ser reconocido como progenitor de los menores en el Estado de California e inscribirlos en su Registro Civil como su padre, mediante la falsa afirmación de haber aportado material biológico para la fecundación lo que, como el mismo reconoce, no es real»<sup>44</sup>. Resulta evidente que los efectos de esta resolución judicial son, en la práctica, devastadores, porque tenemos dos niños, nacidos en California, abandonados por su madre biológica, que no pueden ser inscritos por parte del padre y la madre de intención, que tampoco pueden servirse del mecanismo de la adopción. La única eventual salida es el acogimiento, que es un instituto temporal y que cuestiona directamente algunos principios relevantes para el menor (derecho a la identidad) y exige una tramitación que difícilmente será ágil. Se sacrifica el interés superior del menor para proteger la integridad del Derecho.

Otros tribunales optan por aceptar la adopción del menor, aunque puedan existir objeciones formales para la misma. Esto ocurre en un supuesto de hecho en que se discute si la madre de intención puede adoptar a la menor habida en Kiev mediante gestación subrogada y de la que se ha acreditado el vínculo biológico con su marido, padre de intención. La Sala entiende que el hecho de que la madre gestante aparezca como madre en el registro civil ucraniano no es motivo suficiente para denegar la adopción, pese a excluirse expresamente en el art. 175.3.1.º CC que ésta pueda realizarse sobre un descendiente, ya que debe prevalecer el interés superior de la menor y el hecho de que la adoptante es idónea<sup>45</sup>. Otra Audiencia Provincial va aún más lejos, entendiendo que negar la

«constando la paternidad del esposo del solicitante en inscripción registral del nacimiento, y constando en autos el asentimiento de la madre de las menores a la adopción ante la autoridad judicial, es decir, cumplidos los requisitos legales para la adopción conforme a lo exigido por la normativa vigente, tanto en España como en Cataluña, la conclusión no puede ser otra que la de constituir la adopción solicitada, lo que comporta la estimación del recurso». Ver, en el mismo sentido, AP Granada (Sección 5.ª) Auto 183/2018, de 16 de noviembre (cit.), FD 3, que se apoya en el interés superior del menor.

<sup>44</sup> JPI 4 Pamplona/Iruña Sentencia 157/2021, de 8 de julio (ECLI:ES:JPI:2021:1535, JUR\2021\327980), FD 3. En esta resolución se toman en consideración las Leyes 51 ss. del Fuero Nuevo de Navarra.

<sup>45</sup> AP Murcia (Sección 4.ª) Sentencia 91/2019, de 31 de enero (ECLI:ES:APMU:2019:181, JUR\2019\71777), FD 4.

tramitación de la adopción de la madre de intención supondría privar a la menor de la posibilidad de establecer su identidad cierta<sup>46</sup>.

Otro de los puntos polémicos en relación con el cumplimiento de los requisitos legales de adopción guarda relación con el papel de la madre natural. Y en este punto también encontramos resoluciones judiciales interesantes y contradictorias. Como es sabido, la práctica habitual es que el contrato de gestación subrogada incluya entre sus cláusulas la renuncia anticipada de la madre natural a la custodia y cualquier vínculo que pueda reconocerse entre ella y el niño o los niños nacidos. Pues bien, la AP Barcelona considera que, en el marco legal de la adopción previsto en el Código Civil catalán, la renuncia de la madre a la patria potestad, antes de que se produzca el alumbramiento, es ilegal, y que la madre natural debe consentir expresamente la adopción<sup>47</sup>. Esta afirmación ignora que la práctica habitual es que la madre gestante abandone, tras el parto, todo contacto con su hijo y con los padres de intención. Por eso parece más lógico entender, como hace la AP Madrid, que no resulta preciso pedir el asentimiento de una madre ausente, ya que no figura como madre y ha renunciado al menos treinta días después del

<sup>46</sup> AP Badajoz (Civil, Sección 3.ª) Auto 144/2018, de 29 de octubre (ECLI:ES:APBA:2018:544A, JUR\2019\69596), FD 3.

<sup>47</sup> AP Barcelona (Sección 18.ª) Auto 565/2018, de 16 de octubre (ECLI:ES:APB:2018:6494A, JUR\2018\290468), FD 5. En esta misma línea de argumentación hemos defendido que si se regulara la gestación subrogada en nuestro país debería incluirse el derecho de la madre gestante «a quedarse con el menor a su cargo (restituyendo lo entregado por la contraparte y excluyendo en este caso las responsabilidades futuras de los padres de intención sobre el menor...» («Resulta...», *cit.*, p. 117). Ahora bien, es más difícil imponer este mismo principio cuando el contrato de gestación subrogada (nulo en nuestro país) se ha producido en otro país y de acuerdo con su legalidad.

La falta de regulación de la gestación subrogada en nuestro país hace que se puedan dar situaciones esperpénticas, en las que los propios padres de intención exijan que, en aplicación del Derecho español, se impida establecer vínculos de filiación entre ellos o sus parejas y los niños habidos mediante esta técnica en el extranjero o que, en el caso de haberse producido, se rompan. Estos casos siempre se producen en el marco de crisis de pareja, y suelen ser desestimados porque, obviamente, y en principio, su estimación tendría efectos perjudiciales para los menores. Un caso paradigmático [AP Madrid (Sección 24.ª) Sentencia 586/2020, de 7 de julio (ECLI:ES:APM:2020:10117, JUR\2020\333891)] es cuando el propio padre de intención que ha solicitado su inscripción como progenitor de sendos menores, y que posteriormente rompe con su marido, invoca la ilegalidad del registro civil. Acertadamente la Sala entiende que la estimación de su pretensión avalaría que actuara contra sus propios actos, vulnerando el principio de buena fe y que además sería contraria al interés superior de los menores, que debe protegerse. También resulta interesante el supuesto de hecho en el que se cuestiona si la esposa del marido, padre biológico del menor habido mediante gestación subrogada en Tailandia, puede adoptarlo cuando, dos años después del matrimonio, y del nacimiento del menor, existe una orden de protección para ella, su marido tiene prohibido acercársele y se le atribuye a ella la custodia del menor [AP Soria (Sección 1.ª) Auto 20/2018, de 21 de mayo (ECLI:ES:APSO:2018:150A, JUR\2018\242438)]. La Sala estima que la adopción del menor por parte de la madre de intención es procedente, ya que es la persona que tiene la custodia del menor (FD 1) y se cumplen todas las exigencias legales (FD 2), sin que sea relevante la oposición de su marido. Cuestión distinta es que la madre inste la adopción una vez que el matrimonio ya está finiquitado, porque (a) no salvaguarda el interés de los menores su integración en una familia rota, en situación de crisis y cese de convivencia (FD 3) y (b) la convivencia se ha limitado a algunos meses [AP Asturias (Civil, Sección 4.ª) Auto 87/2018, de 24 de julio (ECLI:ES:APO:2018:987A, JUR\2018\300256), FD 3]. Se utiliza así el argumento empleado por el Tribunal de Estrasburgo en *Paradiso*, examinado en líneas anteriores, para constatar la inexistencia de una vida familiar de facto que merezca ser protegida.

parto<sup>48</sup>. Es verdad que en este caso, más reciente, la renuncia había sido posterior al alumbramiento, pero también se señala la falta de constancia de su condición de madre. En todo caso, no resulta arriesgado aventurar que, de una u otra forma, y con más o menos trabas, los tribunales terminarán reconociendo la vinculación existente entre los padres de intención y los menores habidos, ya que no parece que favorezca el interés superior de ellos que sean abandonados a su suerte o sometidos a medidas de tutela pública, cuando se constata que hay vida familiar de facto con sus padres de intención.

En esta misma dirección, queremos subrayar el claro interés que presentan tres resoluciones judiciales que siguen de cerca la evolución experimentada por el Tribunal francés de Casación. En la primera de ellas se presume que la paternidad biológica de un padre de intención sobre un menor nacido en México no precisa ser judicialmente acreditada cuando la misma aparece reflejada en el contrato de gestación realizado ante notario, aunque no haya sido legalizado, y en la inscripción registral de México<sup>49</sup>.

La segunda resolución que queremos destacar<sup>50</sup> parte de un supuesto de hecho curioso. La madre de intención intenta que un órgano judicial ruso reconozca la filiación sobre la menor nacida en Moscú mediante gestación subrogada. El Tribunal desestima el recurso por considerar que tal filiación ya consta en el acta de nacimiento. Y el Ministerio Fiscal interesa que no se reconozca en nuestro país dicha filiación porque la madre de intención y la menor no comparten material biológico. La Sala considera que, atendiendo al interés superior de la menor, no tiene sentido vincular a la niña, que convive con la madre de intención, con su madre natural, que tampoco comparte material genético con la menor y que se encuentra desaparecida. Aceptar la tesis del Ministerio Fiscal «supondría colocar a la menor en una situación jurídica imposible, plena de inseguridad e incertidumbre y sin visos de pronta resolución». Debe recordarse que aquí no existe padre de intención y no puede recurrirse a la adopción porque hay una diferencia de edad entre madre e hija mayor a la legalmente admitida (47 y 45 años, respectivamente) (FD 6), y estimar el recurso vulneraría el derecho a la vida privada de la menor (FD 8). Esta resolución es muy relevante, en primer lugar, porque la decisión busca proteger el interés superior del menor por encima del tenor literal de concretas previsiones incluidas en el código civil español. En segundo lugar, porque toma también en consideración la vida familiar que existe entre la madre de intención y la menor, perspectiva ésta que hay que considerar siempre si queremos respetar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

48 AP Madrid (Sección 22.ª) Sentencia 968/2021, de 11 de octubre (ECLI:ES:APM:2021:12237, JUR\2022\12783), FD 6.

49 AP Granada (Sección 5.ª) Sentencia 222/2019, de 3 de mayo (ECLI:ES:APGR:2019:1741, JUR\2020\20463), FD 3.

50 AP Islas Baleares (Sección 4.ª) Sentencia 207/2021, de 27 de abril (ECLI:ES:APIB:2021:660, JUR\2021\163294).

que ha sido examinada en líneas anteriores. Y en tercer lugar, porque resuelve de la mejor manera posible (acaso la única) problemas jurídicos que no tienen solución si se aplican taxativamente las normas internas (en este caso por la diferencia de edad entre la madre de intención y la menor).

Y algo parecido ocurre con otra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid en la que debe resolver otro conflicto imposible<sup>51</sup>. En este caso, una madre de intención, soltera y con problemas médicos que la impiden procrear por sí misma, ha tenido un hijo en México a través de gestación subrogada. El Ministerio Fiscal y la Justicia, en primera instancia, le niegan la inscripción de su hijo porque ella no es su madre natural. El problema es que, como la propia Sala evidencia, cualquier solución alternativa a la filiación resulta imposible, ya que la adopción no resulta viable (más de 45 años entre adoptante y adoptado), y no se puede reclamar la filiación biológica del padre (donante anónimo), ni puede tramitarse el acogimiento (porque no se basaría en los hechos probados en las actuaciones y porque situaría al menor en una situación de inseguridad jurídica con respecto a su identidad en la sociedad)<sup>52</sup>. La imposibilidad de seguir estas vías alienta que, en aras al interés superior del menor, se reconozca la filiación entre madre e hijo. Recuerda, a este respecto, que éste convive con su madre y con sus abuelos, con los que mantiene una vida familiar de facto. Y concluye que, atendiendo al desarrollo del menor y satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas, a que el entorno familiar es adecuado y libre de violencia, y a la preservación de la identidad, (arts. 2.1, a y c y 2.2 LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor), procede estimar la demanda y declarar a la recurrente como madre del menor.

El interés de esta Sentencia es que en ella se defiende que el interés superior del menor no es un mero concepto jurídico indeterminado, como sostuviera el Tribunal Supremo, sino que debe ser concebido como un principio rector que debe aplicarse directamente cuando proceda<sup>53</sup>.

51 AP Madrid (Sección 22.ª) Sentencia 947/2020, de 1 de diciembre (ECLI:ES:APM:2020:14547, JUR\2021\55934).

52 *Ibidem*, FD 7.

53 «En consecuencia, no estamos en presencia de un canon hermenéutico y ni siquiera ante una recomendación ética sino ante un Principio rector del ordenamiento jurídico con plena concreción en la norma sustantiva. De esta forma no es ya un principio general y abstracto cuyo uso está destinado a interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas —como dice el escrito de oposición al recurso que formula el Ministerio Fiscal— lo que significaría tanto como la posibilidad —según la interpretación que se proponga en unos y otros casos— de llegar a resultados y conclusiones diferentes e incluso contrapuestas a lo que dice el precepto, sino que como tal norma tiene entidad sustantiva propia y suficiente, y por ello es directa e inmediatamente aplicable y sujeta al principio de la carga de la prueba. Ya existe por lo tanto una «regla» dado que el contenido enunciativo en el epígrafe de aquel «interés superior del menor» como principio amplio, abierto, elástico, indeterminado ha sido desarrollado por la ley de forma precisa, específica y detallada. De esta forma el método de aplicación de la norma a la situación enjuiciada está ya basado y determinado por factores objetivos —aquellos que se contienen y enumeran en el artículo 2. 2. a), entre otras circunstancias, de la citada Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia— y no viene determinado por un acto de pura elección volitiva. La inicial concreción del interés del menor ya la ha hecho

Esta resolución invita a hacer una sumaria reflexión sobre el interés superior del menor. Más allá de cuál sea su naturaleza jurídico-normativa, es relevante recordar que estamos ante un mandato recogido tanto en tratados internacionales<sup>54</sup> como en normas internas<sup>55</sup>. Desde la perspectiva internacional debe recordarse que el Estado español se ha comprometido a una obligación finalista, por lo que los tribunales deben tutelarlos incluso cuando hay normas legislativas, que dificultan su protección (control de convencionalidad<sup>56</sup>). Desde la perspectiva nacional conviene subrayar la trascendental revisión que se ha hecho del artículo 2 LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor a través de la LO 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. En la versión vigente se indica que el interés del menor debe primar también en la actuación del legislador, en consonancia con lo afirmado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de noviembre de 1989. Además, en la Ley se ofrecen ahora criterios generales para concretar ese interés superior, y dos de ellos tienen que ver directamente con este trabajo. Son los relativos a «la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia»<sup>57</sup> y

el legislador por lo que no es necesario integrarlo con consideraciones o valores asumidos por la sociedad, extramuros de la norma, procediendo, solo ya, su interpretación y aplicación al caso concreto como cualquier otro elemento del precepto conforme a los principios constitucionales. Por lo tanto, el concepto de interés superior del menor deja de ser un recurso meramente retórico para constituirse así en un elemento diferenciador del litigio, directamente aplicable en cada circunstancia, con la finalidad y total capacidad de otorgar por sí solo plena protección jurídica en el conflicto concreto examinado y sometido a la jurisdicción» (FD 7).

<sup>54</sup> Con carácter general, el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, dispone que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». En el concreto ámbito de la Unión Europea, el art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que, «en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial».

<sup>55</sup> Art. 2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Este precepto ha sido modificado en profundidad con ocasión de la LO 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. En el primer subapartado vigente se indica que «todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

<sup>56</sup> Esto supone que si un aplicador del Derecho entendiera que hay un derecho del menor debería ampararlo aun cuando ello le obligue a inaplicar, en el caso concreto, una disposición con fuerza legislativa. Esta interpretación, que se deduce de la posición normativa que ocupan los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico (ver MATIA PORTILLA, F.J., *Los Tratados Internacionales y el Principio Democrático*. Marcial Pons. Madrid, 2018, pp. 126 ss.), ha sido avalada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6 (ECLI:ES:TC:2018:140).

<sup>57</sup> Artículo 2.2.c LO 1/1996, que sigue indicando que «se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al

a «la preservación de la identidad»<sup>58</sup>. La ley indica también que, «en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes», pero que, «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir»<sup>59</sup>. Todas estas disposiciones permiten defender que la vinculación del menor con sus padres de intención debe ser asegurada de forma estable y ágil. Y eso puede llevar a que, cuando no se pueden cumplir todas las exigencias requeridas para la adopción, los tribunales acaben favoreciendo la inscripción directa de los menores. A nuestro juicio, subjetivo y provisional, esta solución es también la más conveniente por sencilla, habiéndose impuesto en Francia a través de una jurisprudencia armonizadora del Tribunal de Casación y que también va calando en la jurisprudencia ordinaria española, aunque con una preocupante falta de uniformidad.

Una nueva llamada de atención a las limitaciones del Derecho nacional en la materia ha venido de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto V.M.A.<sup>60</sup> a la que dedicamos las siguientes líneas.

#### IV. FILIACIÓN Y MATRIMONIO TRADICIONAL EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

Antes de comenzar a examinar este asunto, conviene realizar dos consideraciones previas. Si en las resoluciones examinadas en líneas anteriores el problema central era, al menos en principio, la gestación subrogada, el que ahora se plantea tiene que ver con el matrimonio igualitario y su desigual aceptación en los Estados

residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia».

<sup>58</sup> Art. 2.2.d LO 1/1996 *ab initio*.

<sup>59</sup> Art. 2.4 LO 1/1996. Esto es lo que ocurre a menudo cuando se producen conflictos entre la inscripción de menores habidos en el extranjero mediante gestación subrogada y otros bienes en juego. Pero incluso en esta hipótesis debería distinguirse los conflictos que se originaran con derechos humanos y/o fundamentales de terceras personas (especialmente, la madre natural o gestante), en los que estos también deben ser valorados, como se indica en esta misma norma, de otras hipótesis. Así, por ejemplo, que la madre gestante desee quedarse con el niño que ha dado a luz puede ser un elemento relevante a la hora de resolver el eventual conflicto que pueda producirse con los padres de intención. Pero resulta más complicado defender los derechos de la madre cuando ésta ha consentido libremente en una gestación subrogada en el país en el que se ha realizado, y que ha evidenciado, con anterioridad y posterioridad al parto, que no tiene interés alguno en ocuparse del menor. La invocación del orden público nacional o la imposición de cánones morales parecen, sin embargo, títulos menores para tratar de sustraer al menor del ámbito familiar en el que ha sido deseado y es atendido si de lo que se trata es de privilegiar su interés superior.

<sup>60</sup> STJUE (Gran Sala) V.M.A., de 14 de diciembre (asunto C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008). Los hechos fácticos son muy similares a los que se plantean en Rzecznik Praw Obywatelskich (asunto C 2/21), pero en relación con Polonia.

miembros de la Unión Europea. Y si el derecho a la vida privada era en los casos que hemos venido examinando la palanca que modulaba la aplicación de las normas nacionales, ahora lo será el derecho de libre circulación de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares (aunque sea ineludible atender, también, de forma indirecta, al derecho a la vida privada y familiar y al interés superior del menor). Debe darse por entendido, claro, que no nos referimos ahora a los derechos incluidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino a los contemplados en el Derecho originario de la Unión.

La Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene su origen en el siguiente supuesto de hecho: una ciudadana búlgara, que vive en España, se ha casado con otra mujer (británica) y ambas han tenido una hija mediante gestación subrogada que está inscrita como hija de ambas en el Registro Civil español. La madre búlgara solicita que sus autoridades nacionales inscriban a la menor en el registro como hija de ambas mujeres con vistas a solicitar su documento nacional de identidad. Las autoridades se oponen porque su ordenamiento no permite inscribir a dos madres como progenitoras de un menor en un certificado de nacimiento. Consideran que tal actuación contraviene la concepción tradicional (léase heterosexual) de matrimonio que forma parte de su orden público y de su identidad nacional<sup>61</sup>.

Impugnada esta resolución, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Sofía, que parte de la nacionalidad búlgara de la menor, plantea una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En lo que aquí interesa, se plantea si la denegación de inscribir a la menor puede comprometer sus derechos, como ciudadana de la Unión, a la libre circulación (artículos 20 y 21 TFUE y 45 CDFUE) y a su protección como menor (artículo 24 CDFUE), así como el derecho a la vida privada y familiar (artículo 7 CDFUE) de la menor y sus madres. Plantea también si la negativa de las autoridades búlgaras, que forma parte de su orden público, puede justificarse en la identidad nacional protegida por los Tratados (artículo 4.2 TUE).

Pues bien, el Tribunal de Justicia recuerda algo que resulta obvio, y es que tanto la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad (apartado 38) como el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al matrimonio y a la filiación (apartado 52), son normas de competencia estatal. Pero, advierte, que en aquellas situaciones en que tales normas afecten al Derecho de la Unión, éste debe ser respetado.

El Tribunal considera que, si la menor «es nacional búlgara, las autoridades búlgaras están obligadas a expedirle un documento de identidad o un pasaporte en el que conste su nacionalidad y su apellido tal como resulta del certificado de

61 Se cuestiona también qué persona debe ser considerada madre, y entienden las autoridades que debe ser la mujer que lo ha parido. Por esta razón, el Tribunal de Justicia contemplará como hipótesis que la menor sea ciudadana búlgara (como entiende el órgano judicial que plantea la cuestión prejudicial y el Tribunal de Justicia asume) o que no lo sea.

nacimiento expedido por las autoridades españolas» (apartado 44). Además, el Estado «debe permitir a un menor [...] ejercer su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, garantizado en el artículo 21 TFUE, apartado 1, con cada una de las dos madres cuyo estatuto como progenitor de ese menor haya sido reconocido por el Estado miembro de acogida de las progenitoras con motivo de una residencia conforme con la Directiva 2004/38» (apartado 46). En resumen, «las autoridades de cualquier otro Estado miembro están obligadas a reconocer ese vínculo de filiación para permitirle ejercer sin obstáculos, con cada una de sus dos progenitoras, su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, garantizado en el artículo 21 TFUE, apartado 1» (apartado 49).

En relación con la objeción del orden público y la identidad nacional, el Tribunal considera que «la obligación de un Estado miembro, por una parte, de expedir un documento de identidad o un pasaporte a una menor nacional de ese Estado miembro nacida en otro Estado miembro y cuyo certificado de nacimiento expedido por las autoridades de ese otro Estado miembro designa como progenitores a dos personas del mismo sexo y, por otra parte, de reconocer el vínculo de filiación entre la menor y cada una de esas dos personas a efectos de que esta pueda ejercer sus derechos derivados del artículo 21 TFUE y de los actos de Derecho derivado correspondientes no vulnera la identidad nacional ni amenaza el orden público de dicho Estado miembro» (apartado 56).

Y una solución sustancialmente idéntica debería producirse aun en el supuesto de que la menor no fuera ciudadana búlgara. En efecto, «cualquiera que sea su nacionalidad y con independencia de si ellas mismas tienen la condición de ciudadanas de la Unión, K. D. K. y S. D. K. A. deben ser consideradas por todos los Estados miembros como cónyuge y descendiente directa, respectivamente, en el sentido del artículo 2, punto 2, letras a) y c), de la Directiva 2004/38»<sup>62</sup>.

62 STJUE (Gran Sala) V.M.A., cit., apartado 67. En la citada norma incluida en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, se indica que son miembros de la familia el cónyuge y los descendientes menores de 21 años. Además, el Tribunal también invoca en este punto la relevante STJUE (Gran Sala) Coman y otros, de 5 de junio de 2018 (asunto C 673/16, EU:C:2018:385). Esta resolución tiene su origen en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional de Rumanía en relación con el eventual derecho de residencia del marido extracomunitario de un nacional rumano con el que se casó en Bruselas no estando regulado en Rumanía el matrimonio igualitario. El Tribunal de Justicia considera que «un Estado miembro no puede invocar su Derecho nacional para oponerse al reconocimiento en su territorio, al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, del matrimonio contraído por este con un ciudadano de la Unión del mismo sexo en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este último» (apartado 36). Y señala también que «conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado no atenta contra la identidad nacional ni amenaza el orden público del Estado miembro afectado» (apartado 46 in fine). Ver, en relación con el asunto Coman, entre otros muchos TRYFONIDOU, A.,: «The ECJ Recognises the Right of Same-Sex Spouses to Move Freely Between EU Member States: The Coman ruling». *European Law Review* 2019/5, pp. 663 ss.; y SPALDING, A., «Where next after Coman?». *European Journal of Migration and Law* 2019/1, pp. 117 ss. Conviene recordar en todo caso que, previamente, el Tribunal de Estrasburgo ya

En definitiva, la filiación de menores establecida en un Estado de la Unión debe ser admitida y reconocida para los ciudadanos de la Unión en cualquier otro país al que se desplacen, ejerciendo su libre circulación, y a los fines de proteger ese derecho<sup>63</sup>. Resulta irrelevante el sexo y la orientación sexual de los progenitores y que tal pareja pueda o no casarse en el Estado de destino. En este caso lo que se ve afectado no es la normativa nacional sobre gestación subrogada, sino las normas civiles de matrimonio y filiación que, según se ha sostenido en uno y otro caso, integran el orden público y pueden afectar a la identidad nacional. Se entenderá mejor ahora porque se indicaba, al comenzar este estudio, que su objeto no era la gestación subrogada sino la filiación de menores. Y explicada toda esta problemática nos encontramos ahora en condiciones de realizar algunas reflexiones finales.

## V. ALGUNAS SOLUCIONES Y NUEVOS PROBLEMAS (A MODO DE CONCLUSIÓN)

En líneas anteriores hemos visto como algunas autoridades nacionales se han opuesto a inscribir a niños nacidos en el extranjero en sus registros civiles porque tal actuación contravendría el orden público (nacional o internacional) e incluso la identidad nacional. Esto ocurre cuando el o los progenitores (empleada esta expresión de forma neutra) han recurrido a la gestación subrogada para ello. O porque se trata de parejas homosexuales que son incompatibles con el matrimonio tradicional que es el único allí reconocido. Resulta que todas estas actuaciones han sido, finalmente, rechazadas por las jurisdicciones europeas (el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, destacadamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y que las mismas jurisdicciones nacionales han ido modificando sus puntos de vista y aceptando lo que antes resultaba incompatible con sus ordenamientos jurídicos. Especial mención merece el proceder del Tribunal de Casación francés que ha optado por asumir que las autoridades galas deben limitarse a trasladar la inscripción registral de nacimiento, con independencia de que el progenitor sea un hombre o una mujer o una pareja del mismo o diferente sexo.

había afirmado que el Estado debe asegurar un cuadro legal específico que ofrezca reconocimiento y protección a las uniones homosexuales [STEDH (Sección Primera) de 14 de diciembre de 2017, asunto Orlandi y otros c. Italia (demandas 26431/12, 26742/12, 44057/12 y 60088/12; ECLI:CE:ECHR:2017:1214JUD002643112), § 210].

63 A. Tryfonidou valora positivamente la STJUE V.M.A., aunque recuerda que existen todavía interrogantes en la materia, como que ocurriría si el certificado de nacimiento proviene de un Estado que no es miembro de la Unión Europea (en «The Cross-Border Recognition of the Parent-Child Relationship in Rainbow Families under EU Law: A Critical View of the ECJ's V.M.A. ruling». European Law Blog, disponible en <https://cutt.ly/2OmOotK>. Ver también GROOT, D., A.J.G. de: *EU law and the mutual recognition of parenthood between Member States: the case of V.M.A. v Stolichna Obsthina*. European University Institute. Fiesole, 2021, disponible en <https://cutt.ly/ROmPbYx>).

Se impone así el reconocimiento del título jurídico extranjero a la legalidad nacional. Y algo parecido debe ocurrir cuando ese certificado de nacimiento afecta, en el Derecho de la Unión Europea, al derecho de libre circulación de los ciudadanos de la Unión, que se extiende también, lógicamente, a los miembros de sus familias.

A través de estos remedios, se ha impuesto la vida privada de los menores y la vida familiar de estos y sus progenitores sobre las normas nacionales que restringían sus derechos. Se ha producido, así, una muy evidente expansión del contenido de la vida privada y familiar que exige repensar las estrechas formulaciones recogidas en algunos ordenamientos nacionales. Y, de forma destacada, en el nuestro. Conviene recordar, a este respecto, como ya se ha indicado, que nuestro Tribunal Constitucional posee una visión del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) conscientemente alejada de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pese a que existen sobradas razones dogmáticas para criticar esta posición<sup>64</sup>. Y que también debería reformarse la normativa relacionada con la filiación y la adopción para admitir los nuevos supuestos que estamos obligados a atender, por exigirlo así el Tribunal de Estrasburgo y, en el marco del Derecho de la Unión, el Tribunal de Luxemburgo.

Resulta también interesante constatar que la globalización y la movilidad de las personas afecta, lógicamente, a la dimensión estatal cultural de los derechos humanos y que estas variaciones acaban afectando también, con el paso del tiempo, a las regulaciones normativas. Graciela López de la Fuente ha constatado, por ejemplo, que esto ha ocurrido claramente con Irlanda que, como se recordará, exigió la firma de un Protocolo anejo al Tratado de Lisboa en relación con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tenía por finalidad impedir que en su país pudieran invocarse los derechos a la interrupción voluntaria del embarazo o al matrimonio igualitario<sup>65</sup>. Tiene sentido que si parejas del mismo sexo viven en países donde no pueden casarse, se acabe normalizando su status social y que, con el tiempo, esa aceptación social se traslade al plano jurídico.

También deberá reflexionarse sobre el orden público<sup>66</sup>, su naturaleza, los abundantes adjetivos que en ocasiones lo adornan (nacional, internacional, etc.) y sus límites. Aunque tal análisis exigiría un esfuerzo muy superior al que alientan estas páginas, si podríamos afirmar, a título de inventario, que la citada globalización (social y jurídica) ha servido para reducir muy significativamente su

64 MATIA PORTILLA, F.J., «¿Los menores...», *cit.*, pp. 276 ss.

65 LÓPEZ DE LA FUENTE, G., «De las reservas irlandesas a la CDFUE a la revolución tranquila: el proceso de modernización de Irlanda», MATIA PORTILLA, F.J., LÓPEZ DE LA FUENTE, G., *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020, pp. 203 ss.

66 Ver CASTELLANOS RUIZ, M.J., «Gestación por sustitución: orden público internacional vs. orden público europeo». *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2021\2, pp. 971 ss. En relación con Italia, *vid.*, por todos, BARBA, V., «Gestación por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento jurídico italiano. La última decisión del Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias». *Revista de Derecho Civil* 2020\1, pp. 69 ss.

alcance práctico. Y es que una de las lecciones que sí puede extraerse de esta investigación es que existiendo un acto jurídico extranjero de cuya legalidad no se discute lo más razonable es asumirlo sin más. Esto es lo que ocurre con las actas de nacimiento o certificados de matrimonio que no se ajustan a las disposiciones estatales. Y es un buen principio, salvo que se acredite, claro está, que ese acto o resolución judicial son fraudulentos.

Finalmente, debe también profundizarse sobre la noción de identidad nacional, recogida en el artículo 4.2 TUE, como límite de la actuación de la Unión Europea. Este análisis se debería realizar, al menos, desde una doble perspectiva. Una que permita establecer qué autoridades, nacionales o de la Unión, están mejor posicionadas para determinar su contenido y alcance. Y otra, más relevante en este estudio que ahora concluye, sobre la relación existente entre identidad nacional, derechos constitucionales y derechos humanos. ¿Puede un tribunal nacional invocar la identidad nacional si considera que una norma de la Unión compromete un derecho fundamental? ¿O, como ha ocurrido en los casos examinados en este trabajo, para negarse a respetar derechos humanos o fundamentales de la Unión? Estas preguntas, relevantes, deberán ser abordadas en una futura investigación porque superan con creces las que han motivado el presente trabajo.

\*\*\*

*TITLE: The impact of European standards on national regulation: Regarding the registration of babies born abroad*

*ABSTRACT: The filiation of children born abroad through surrogacy has undergone an interesting evolution. After the initial refusal of the French and Spanish high courts to recognize such filiation, the jurisprudence of the European Court of Human Rights related to the right to private and family life has led them to reconsider their initial positions. This is especially visible in the jurisprudential evolution of the French Court of Cassation, which today is more advanced in the matter than that of the Strasbourg Court itself. Other European national authorities have refused to transcribe the filiation of children of same-sex couples, in defense of traditional marriage. And this time it has been the Court of Justice of the European Union who, under the protection of the free movement of citizens of the Union and their families, has imposed the duty for such parentage to be recognized by the Member States. What is being imposed in one way or another is the best interest of the minor, which obliges national authorities to go so far as to inapply state precepts with the force of law.*

*RESUMEN: La filiación de menores habidos en el extranjero por gestación subrogada ha experimentado una interesante evolución. Tras la negativa inicial de las altas jurisdicciones francesa y española a reconocer tal vínculo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionada con el derecho a la vida privada y familiar les ha llevado a reconsiderar sus posiciones iniciales. Esto es especialmente visible en la evolución jurisprudencial del Tribunal de Casación francés, que hoy es más avanzada en la materia que la del propio Tribunal de Estrasburgo. Otras autoridades nacionales europeas se han negado a transcribir la filiación de hijos de parejas formadas por personas del mismo sexo, en defensa del matrimonio tradicional. Y esta vez ha sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien, al amparo de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y sus familiares, ha impuesto el deber de que esa vinculación sea reconocida por los Estados miembros. Lo que de uno u otro modo se está imponiendo es el interés superior del menor, que obliga a las autoridades nacionales a llegar, incluso, a inaplicar preceptos estatales con fuerza de Ley.*

KEY WORDS: *filiation, best interests of the child, private and family life, surrogacy, same-sex marriage.*

PALABRAS CLAVE: *filiación, interés superior del menor, vida privada y familiar, gestación subrogada, matrimonio igualitario.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 31.01.2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17.02.2022

